

# Alguns Aspectos do Direito das Obrigações no Novo Código Civil

**RICARDO CÉSAR PEREIRA LIRA**

*Professor da Universidade do Estado do RJ. Procurador do Estado.*

Antes de abordar o tema que me foi adjudicado, apreciaria fazer uma breve alusão às condições (***occasio legis***), que estiveram presentes, primeiro na promulgação do Código Civil de 1916, que, para sair de vigência, está sob os efeitos da ***vacatio*** de um ano e, também, rapidamente, uma referência à ***occasio legis*** do novo Código Civil, de 2002. Quanto ao Código de 1916, todos nós sabemos que a Metrópole teve, sucessivamente, três grandes codificações que foram: as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas sendo que essas últimas foram editadas por lei de 11 de janeiro de 1603. Posteriormente, houve a edição do primeiro Código Civil português, de 1866 que, como os demais códigos da Europa Central e de outros países, se inspirou no Código Napoleão de 1804. Esse monumento que ainda hoje está de pé, apesar dos trabalhos de revisão que se vêm processando há tanto tempo. Mas o que queria salientar é que, enquanto em Portugal houve a primeira organização, digamos codificada, de sua privatística, essas Ordenações Filipinas prosseguiram em vigência no Brasil até determinado momento, bem posterior àquele que, em Portugal, as Ordenações Filipinas já haviam saído de vigor. Sobreveio a Independência do Brasil em 1822 e a Constituição Imperial de 1824 estabelecia e determinava que o Brasil tivesse um Código Civil.

Realizaram-se várias tentativas de codificação, entre as quais, permitam-me destacar aquela da autoria do maior jurista brasileiro de todos os tempos que

foi, a meu ver, Augusto Teixeira de Freitas. Em meados do século XIX, ele não só editou a consolidação das leis civis, procurando, evidentemente, organizar toda a legislação multifária que se tinha editado depois das Ordenações Filipinas, apenas expungindo de sua consolidação qualquer dispositivo relativo à escravidão, porque ele entendia que aquele não era um código negro, não podendo dela constar o fato vergonhoso da escravidão. Posteriormente, Teixeira de Freitas foi contratado pelo Governo para fazer o esboço de Código Civil, obra portentosa que o eminente jurista não chegou a finalizar, em razão de divergências com o Governo, episódio que findou carregado de angústias para o insigne mestre. Sua obra exerceu enorme e significativa influência na elaboração do Código Civil argentino, influência confessada pelo respectivo projetista Vellez Sarsfield, influência que se estendeu a inúmeros outros países, não só no Cone Sul, como em outros países. O célebre esboço de Teixeira de Freitas foi o grande trabalho da privatística naquele momento Super-venientemente, e na última tentativa, o Governo foi buscar aquele jovem cearense que estava em um anexo da Faculdade de Direito de Olinda, lecionando Legislação Comparada, que era nada mais, nada menos que o mestre Clóvis Beviláqua. Tivemos, então, o primeiro anteprojeto do Código Civil, cujo texto depois de revisto, foi encaminhado ao Congresso. Clóvis Beviláqua, inspirado nos precedentes, e sobretudo na grande consolidação e no esboço de Teixeira de Freitas, preparou o seu projeto em 6 meses. Depois de revisto por uma comissão fora da Câmara, cons-

Palestra proferida no Seminário realizado em 08.03.2002.

tituída pelo Governo, esse projeto foi remetido ao Congresso.

Lá, surpreendentemente e sem que se saibam as razões desse procedimento, o grande publicista, Rui Barbosa, investiu, não contra a substância do Código, mas contra a sua forma. Nem os próprios estudiosos sabem o que animou aquela cabeça pensante tão privilegiada, a criticar a forma antes de se preocupar com a substância.

San Tiago Dantas escreveu um artigo específico sobre essa matéria em que ele tenta explicar a posição de Rui Barbosa, mas de maneira inteiramente insatisfatória, e o fato é que aquela posição de Rui determinou que este código permanecesse mais de 15 anos no Congresso, sendo editado apenas em 1916, com ***vacatio*** até janeiro de 1917.

O que eu queria esclarecer aos meus eminentes colegas é que a razão determinante da codificação de 1916 foi a necessidade de pôr ordem em nosso ordenamento jurídico, que estava completamente desorganizado, provocando uma perplexidade enorme. Teixeira de Freitas, com a sua consolidação, havia trazido alguma ordem àquela problemática, mas o que determinou, a meu ver (e essa já era a razão da primeira e única Constituição Imperial, a de 1824), foi exatamente a necessidade de termos um Código Civil, o nosso ordenamento jurídico devidamente organizado.

Clóvis Beviláqua, nas suas “PRELIMINARES” aos seus Comentários ao Código Civil, dizia:

“ .....

2. No Brasil, além das condições gerais, que, em toda a parte, solicitam as codificações, havia condições próprias, que as reclamavam insistentemente. Proclamada a independência, em 1822, já no ano seguinte, a lei de 20 de outubro de 1823, mandando vigorar, no Império, as Ordenações, leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal, até 25 de Abril de 1821, lhes dava uma autoridade provisória: *enquanto se não organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas*. A Constituição do Im-

pério, mandada cumprir por lei de 25 de março de 1824, no nº XVIII, do art. 179, solenemente declarou: Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados nas sólidas bases da Justiça e da equidade.

“3. São manifestações de uma necessidade sentida, e da intenção de dar-lhe provimento. Esses bons desejos, porém, se não puderam realizar senão agora, depois de grandes e continuados esforços. E, durante esses estirados noventa e quatro anos<sup>1</sup>, depois de nossa independência política, permanecemos sob o domínio das Ordenações do reino, já revogadas no paiz de origem, e a respeito das quais dizia TEIXEIRA DE FREITAS serem *pobríssimas* e reclamarem *copioso suplemento*”. “Seus colaboradores, accrescentava ou pela escassez de luzes, de que têm sido accusados, ou, por fugirem a maior trabalho, reportaram-se, muitas vezes, ao direito romano, e, mesmo, geralmente, o autorizaram, mandando até guardar as glosas de ACCURSIO, e as opiniões de BARTOLO e mais doutores”. Prossegue Clóvis, em continuação à transcrição que faz de TEIXEIRA DE FREITAS.

“Sobre essa base mal construída, vieram accumular-se, no decurso de três séculos, as leis extravagantes, promulgadas sob a pressão de necessidades diversas, obedecendo a impulsos diferentes, e consagrando preceitos divergentes.

Era forçoso sahir desse emaranhado cipoal, que mais servia para desenvolver o espírito de chicana do que para resguardar as possibilidades jurídicas”.

Temos, então, que havia uma necessidade premente de trazer ordem ao ordenamento jurídico civil, que estava completamente desbaratado, trazendo uma perplexidade enorme. TEIXEIRA DE FREITAS, com a sua Consolidação trouxera alguma ordem àquele desatavio,

<sup>1</sup> Clóvis Beviláqua, nas “Preliminares” aos seus Comentários, ora parcialmente transcritas, registra que estava escrevendo o respectivo texto em 1916.

<sup>2</sup> **Consolidação das Leis Civis**, 3ª ed. P. XXXII

mas era preciso que tivéssemos um Código Civil (e um Código Criminal), como determinara a Constituição Imperial de 1824.

Assim, adveio o Código Civil de 1916.

Sabemos que esse código foi elaborado basicamente no último semestre do século XIX. Era um código eminentemente voltado para o campo, porque naquele momento ainda predominava a população rural, pois a população urbana era mínima em face, digamos, da quantidade de pessoas que estavam fixadas no campo.

Depois do Código Civil, sabemos que foi nascendo a necessidade de adaptação de suas disposições à nova realidade. Em 1919, várias de suas regras foram modernizadas. Chegamos a ter uma lei de condomínio em 1928. Quando o Brasil já sofria a influência das idéias do tenentismo desde 1922, quando o país via percorrer considerável parte de seu território a Coluna Prestes, esses fatos eram sinal de que se buscava um Brasil novo. O Brasil reclamava uma nova realidade econômica ou social e sociojurídica, podemos dizer.

Então, a partir desse momento e, sobretudo, depois de 1930, que foi uma tentativa de expressão do tenentismo, começaram a surgir leis extravagantes neste país. A modernidade de então começou a surgir a partir do início dos anos 30, com o Código de Minas, o Código de Águas, o Código Florestal, com todas aquelas concepções da separação da propriedade das jazidas minerais, das quedas d'água, separada da propriedade do dono do solo e que passaram a ser exploradas por concessões federais. Tudo isso era novidade que não estava no Código Civil. E tudo isso vinha acontecendo através de leis extravagantes.

Tivemos um fenômeno interessantíssimo. Sabemos todos nós, sobretudo, com autoridade maior, aqueles especializados no Direito do Trabalho - que houve, sob a inspiração de Lindolfo Collor, sob a inspiração do velho e grande Evaristo de Moraes, a promulgação de leis esparsas regulando as relações entre o capital e o trabalho, onde já a preocupação com a dignidade humana se

fazia presente. O Direito do Trabalho, a **locatio operarum**, foi se emancipando do Direito Civil, pela via de leis esparsas, até que eclodiu, em 1943, a célebre Consolidação das Leis do Trabalho.

Enquanto isso se processava no Brasil, já a partir dos anos 30, sob a influência, a meu ver, sociopolítica do tenentismo, no início dos anos 40 brotou o embrião primeiro de industrialização, que começou a firmar-se com o aporte norte-americano que o Presidente Getúlio Vargas conseguiu, como uma contraprestação para a cessão, no Nordeste, dos espaços necessários à implantação das bases aéreas, para que os aviões americanos, naquele tempo com autonomia muito relativa, pudessem alcançar Dakar, na África, para auxiliar o grande General britânico Montgomery na sua luta contra o não menos dotado General Von Rommel. Essa cessão do espaço para as bases militares é que ensejou a obtenção dos recursos financeiros necessários à constituição da Companhia Siderúrgica Nacional e à operação da usina de Volta Redonda. Assim, o então Presidente Getúlio Vargas negociou a entrada do Brasil na Segunda Grande Guerra, e dessa forma marcou também o início da industrialização brasileira, que veio a consolidar-se com o Plano de Metas do Presidente Juscelino Kubitschek, nos anos 50.

A partir daí começou a configurar-se, de maneira bem mais significativa, o fenômeno da industrialização brasileira. E sabemos - isso é um fenômeno universal - que a toda industrialização corresponde uma urbanização. Começou a ocorrer a virada da base do cone, com a sucessiva e progressiva migração para as cidades. Houve o êxodo rural, com a falta de apoio dos governos aos homens do campo. Até hoje, segundo o último censo mais de 80% da população brasileira está assentada nas cidades, com uma densidade demográfica imensa, o que determina esse país urbano que nos torna perplexos diante da realidade das grandes metrópoles, que são todos os grandes centros populacionais brasileiros.

Essa introdução que já se faz longa, serve para tornar claro o fato de que, em nosso entendimento, com a industrialização/urbanização começou a surgir uma nova realidade, com a correspondente necessidade de uma nova ordenação jurídica. Com a industrialização e a conseqüente urbanização, evidentemente, há uma mudança na propriedade, na família, a mulher começa a ocupar uma posição significativa na força de trabalho e, portanto, passa a conquistar uma posição significativa na sociedade conjugal. E por isso, pouco depois dos anos 50, viemos a ter o Estatuto Civil da Mulher Casada, que é exatamente de 1962, promulgado com a Lei nº 4121. É exatamente quando começa a se corporificar a posição democrática da mulher dentro da sociedade conjugal, pela força que ela passa a exercer na conjuntura e na tessitura social.

A economia de massa gera a função social do contrato, uma posse autonomizada do domínio passa também a ter uma função social e se clarifica, com nitidez maior, e mais profunda, a função social da propriedade.

Esses novos parâmetros surgiram com emblemática nitidez na Constituição Federal de 1988.

Quero justificar a existência desse novo Código Civil, que tantas críticas tem sofrido, e eu mesmo sempre entendi que o Brasil não estava deixando de progredir por causa do Código de 1916, que tinha, com a legislação extravagante, com o extraordinário trabalho jurisprudencial elaborado pelo Poder Judiciário, com a colaboração dos advogados competentes, condições para a aplicação do direito à nova realidade, não só dirimindo os conflitos intersubjetivos, como impondo as transformações sociais necessárias a tornar realidade os fundamentos da República, baseados no respeito à dignidade humana, na erradicação da pobreza e na eliminação das diferenças sociais e regionais.

Entenderam os que tinham o poder de decisão que persistia necessário

o novo Código. No Congresso Nacional, depois de tanta demora, depois de uma tramitação muito lenta, sobreveio, desenhou-se, em tintas mais vivas, uma situação social nova que se refletiu na Constituição de 1988.

Esse Código, em grande parte, sobretudo, no Direito de Família, por exemplo, é o reflexo da contemporaneidade. A Constituição de 1988 refletiu essa contemporaneidade no Direito de Família, no Direito de Propriedade e no Direito Contratual, estabelecendo a disciplina contratual das relações de consumo que não estão, evidentemente, dentro do Código Civil.

Então, intercorrentemente, aquelas grandes cabeças que estudavam esse novo Código Civil, chefiados e dirigidos pelo autor Miguel Reale e acolitados por Moreira Alves e outros eminentes juristas, muitos hoje já falecidos, como Couto e Silva, que morreu aqui no Rio de Janeiro em plena conferência na Universidade Gama Filho; Torquato de Castro, e tantos outros mestres, enfim, esses homens tiveram a sensibilidade de procurar adequar o novo Código Civil à Constituição 1988. Entendo, realmente, que o país poderia sobreviver sem um novo Código Civil. Isso porque o Código de 1916, como acima referido, a legislação extravagante, mais a jurisprudência, a faina dos advogados competentes e a sabedoria dos juristas eminentes eram perfeitamente suficientes para construir e formatar o direito novo.

Mas esse Código novo de alguma forma traz essa expressão da nova realidade socioeconômica. E muitos pensadores, inclusive a eminente Desembargadora Áurea Pimentel Pereira, coordenadora de nossos trabalhos nesta sessão, sustentavam a necessidade de que a lei ordinária refletisse a disposição constitucional para que houvesse realmente a possibilidade jurídica da aplicação daquelas novas disposições. E esse Código veio espancar essas dúvidas. Embora evidentemente tenha defeitos, ele tem virtudes também, e virtudes excepcionais.

Agora não poderíamos pretender que ele viesse regular a clonagem de qualquer natureza ou que viesse disciplinar a reprodução assistida, porque são novidades muito recentes que a própria tecnologia está cuidando de analisar; sendo assim essas matérias não poderiam adequadamente estar no Código. Também não o poderia, como reclamam tantos, a união sexual entre pessoas do mesmo sexo. Essa matéria é absolutamente inconstitucional, quer dizer, a união entre pessoas do mesmo sexo não constitui família. Isso não significa, contudo, que nós, juristas, não devamos dar uma solução para esses casos, como demos para o concubinato, através da divisão do patrimônio construído com o esforço comum. Aquela parceria que está refletida no projeto de lei apresentado pela atual Prefeita de São Paulo, Márcia Suplicy, quando deputada federal, não é família, mas, efetivamente - desde de que essa união civil se possa configurar, estando presente um esforço comum para a obtenção do acervo patrimonial teremos, então, a solução, que não deixa de ser uma solução alternativa: vamos buscá-la no Direito Obrigacional, com o reconhecimento *in casu* de uma sociedade de fato, determinante da partilha por igual de dito acervo. É um caso de aplicação alternativa do direito, quando se vai tomar ao direito obrigacional o meio de solução para uma hipótese de direito que substancialmente é de direito de família, como o era a questão do concubinato.

Então, a **ocasio legis** do Novo Código, que entrará em vigor em janeiro de 2003, resulta primeiro da necessidade de transladarmos para o patamar da legislação ordinária todas aquelas disposições que estiveram refletidas em matéria de propriedade, de família e até, de contrato, na Constituição de 1988, bem como a necessidade de reintroduzirmos no ordenamento institutos úteis, como por exemplo o direito de superfície, ou de regularmos objetivamente situações que, embora admitidas, não estavam expressamente previstas, como a assunção de dívida.

Muitas pessoas dizem que esse Código instituiu a democracia na sociedade conjugal, ao parificar os direitos da mulher e os do marido, que esse Código instituiu a absoluta isonomia entre os filhos, sejam de que natureza forem, eliminando a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, resgatando até mesmo a posição dos incestuosos. Ora, quem fez tudo isso não foi o Novo Código, mas sim a Constituição de 1988, uma grande Constituição, acusada de tornar esse país ingovernável, mas que sofreu várias mutilações que estão refletidas, atualmente, em trinta e cinco emendas constitucionais! O fato é que, do ponto de vista do Direito Civil, todos esses aspectos contemporâneos da nova família, da nova propriedade, das novas relações contratuais, até nas relações de consumo (mas essas não podiam ter ingresso no Código Civil e passaram a ter ingresso no microssistema do Direito do Consumidor), deveriam, por conveniência, estar refletidos no patamar da legislação ordinária. O que quero dizer é que esse Código, tão criticado - pois tenho amigos que sustentam a sua total inconstitucionalidade em face dos pressupostos da Constituição de 1988 - em não existindo, não estaria percutindo, no nível da legislação ordinária, aqueles princípios de respeito à dignidade humana, aqueles princípios de absoluta isonomia entre as mencionadas pessoas, aquela dignidade humana que, afinal de contas, serve de pilar para a construção de uma verdadeira justiça social.

Vamos ver alguns aspectos pontuais das obrigações, no Novo Código Civil. É evidente que a relação jurídica obrigacional, como aquela relação jurídica que explica e justifica o fato de uma determinada pessoa, que é o credor, poder reclamar do devedor uma prestação consistente em um dar, fazer ou não fazer, e no caso de inadimplemento, esse credor ir buscar no patrimônio do devedor o cumprimento daquela prestação ou um equivalente, mais perdas e danos, se for o caso, não poderia ter sofrido qualquer alteração. Essa estrutura da obrigação não sofreu e nem

poderia ter sofrido qualquer ataque por força da nova codificação. De modo que estamos diante da mesma relação obrigacional que tínhamos no Código de 1916, apenas, naturalmente, ao contrário do que acontecia com a reforma dos anos 60 (quando se previa um Código de Obrigações, cujo anteprojeto foi elaborado pelo eminente mestre Prof. Caio Mário e um anteprojeto de Código de Direito Civil, elaborado pelo mestre e saudoso Professor Orlando Gomes), aqui tivemos a importação para o Código Civil de todas aquelas formas de obrigação que fossem redutíveis a uma unificação, mas dentro do próprio Código Civil.

Temos as obrigações de fazer, de não fazer, as solidárias, as divisíveis, as indivisíveis, apenas com alguns aspectos que pela falta de tempo só poderei abordar em alguns de seus momentos. Por exemplo, na obrigação de fazer, no artigo 249, parágrafo único, da mesma maneira em que nas obrigações de não fazer, no artigo 251, parágrafo único, temos o princípio de uma maior rapidez de possibilidade de atuação da reposição da situação no seu **status quo ante**, onde se diz que “em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato sendo depois ressarcido” quanto às obrigações de fazer, quer dizer; há a possibilidade do reclamo da providência corretiva sem a necessidade da provisão e do pronunciamento judicial, que, evidentemente, por disposição constitucional, sempre haverá no controle dessa atuação pessoal, daquele que exerce pessoalmente esse seu direito.

Ainda no que toca a essas disposições gerais, gostaria de fazer referência a uma disposição muito interessante. Esse Código tem, ao lado de outras virtudes e também ao lado de alguns defeitos, a virtude de incorporar ao seu texto as disposições que já estavam absolutamente claras e definidas na doutrina. Por exemplo, ao tratar da questão da indivisibilidade, o Novo Código Civil estabelece em seu artigo 258 o que já estava na doutrina:

Art. 258 “A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetível de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico”.

Por exemplo, recentemente, tive sob minha análise um caso, exarando um parecer, em que sustentei a indivisibilidade do negócio jurídico do shopping center. Não me refiro à ocupação remunerada da loja, porque essa já encontrou a sua solução no artigo 54 da Lei de Locação Predial Urbana. Estou me referindo, exatamente, ao negócio maior que abrange a ocupação remunerada da loja, que hoje é locação, que abrange a participação do lojista na Associação de Lojistas e abrange também normais gerais etc. Quer dizer, esse lojista, bem como o empreendedor, participam de um complexo de relações contratuais que, a meu ver, constituem um contrato atípico, ainda não regulado expressamente por lei. Esses ajustes, em seu conjunto, constituem com complexo negocial indivisível. Já se tentou regular, inclusive em Portugal o negócio jurídico shopping center, mas a tentativa fracassou.

Nessa hipótese concreta, o imóvel em que estava instalado e o próprio empreendimento eram da titularidade de dois empreendedores. Houve uma ruptura entre os empreendedores e um deles queria requerer a divisão do shopping, de maneira que cada um ficasse com cinquenta por cento das lojas, o que, evidentemente, descaracterizava completamente o shopping, pois este é indivisível, dada a razão determinante do negócio jurídico. Quer dizer, essas lojas consideradas como um todo são inerentes ao próprio negócio jurídico. Há, a meu ver, então, uma indivisibilidade jurídica. como existe no passo doutrinário que já consagrava na hipótese de um brilhante, de um certo tamanho, que não poderia ser partido sob pena de perder a sua valia de maneira absolutamente decisiva. O dado fático da perda do valor percutia na situação criando a indivisibilidade jurídica. No

caso do shopping, o dado fático da comunhão das lojas impõe a indivisibilidade jurídica.

O Código Civil de 1916 tem uma disposição muito interessante, que é o artigo 1057. Esse artigo trata de contratos que denomina de unilaterais e de contratos bilaterais, em um perfeito equívoco, pois aquela norma é pertinente a contratos benéficos, ou seja, contratos relativamente aos quais alguém extrai proveito, e a contratos gratuitos em que uma das partes não extrai proveito algum. O artigo 392 do Novo Código Civil veio corrigir o artigo 1.057 do Código de 1916, dizendo o seguinte: “Nos contratos benéficos (...)”, substituiu portanto a expressão *unilaterais* por *benéficos* e *bilaterais* por *onerosos*, pois na realidade é essa classificação que importa no artigo 1.057, do Código de 1916, e tornar-se-á relevante a partir de janeiro de 2003 no novo Código.

O artigo 392 dispõe: “nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato não aproveite, (...)”, por exemplo, o comodante evidentemente não se aproveita do contrato. Quem se aproveita do contrato é o comodatário. Então o comodante não responde por culpa, mas somente por dolo. Agora, a outra parte a quem o contrato beneficia, responde até por simples culpa. Mas não quer dizer que somente por culpa, ou seja, ele responde por dolo e culpa. E “Nos contratos onerosos, responde, cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.” Esse artigo 392 é um aperfeiçoamento importante e relevante do artigo 1.057 do Código de 1916.

Outras observações poderiam também ser feitas, contudo, não desejo ultrapassar excessivamente o tempo que me foi consentido. Mas gostaria de, apenas, já agora entrando no problema dos contratos em geral e, de alguma forma, terminando as minhas considerações, referir o seguinte: o Código de 1916 não tratou da assunção de dívidas, tratou da cessão de crédito. E aí temos, evidentemente, um mestre em nossa Magistratura local, que é o nosso Desembargador

Luiz Roldão de Freitas Gomes, que escreveu um trabalho primoroso, que foi a sua tese de docência sobre assunção de dívida. Embora não estivesse prevista a assunção no Código de 1916, ninguém tinha dúvida de que se podia contratar a assunção de dívida tranqüilamente.

A assunção de dívida pode apresentar-se sob um duplice aspecto. Pode ser uma assunção de dívida liberatória, em que um terceiro ingressa na relação contratual com efeito de liberar o devedor, deixando de ter os direitos daquela relação contratual, havendo, portanto, um afastamento completo do devedor dessa relação. E a outra é uma posição em que esse terceiro ingressa na relação contratual, nela permanecendo. Precisamos definir em que situação fica esse terceiro interveniente: se em solidariedade com o devedor, que permanece na relação obrigacional, ou de subsidiariedade. Essa é uma questão que precisa ser definida.

A meu ver, o Código Civil adotou a posição liberatória do devedor, mas nada impede (já que a disposição não é de ordem pública) que as partes ajustem a posição liberatória pura e simplesmente, confirmando o entendimento do código, ou a posição em que aquele terceiro ingressa na relação de direito material e nela persiste, devendo o instrumento definir se fica em situação de solidariedade ou de subsidiariedade.

Ainda com relação aos contratos, gostaria de chamar a atenção dos senhores para a presença da boa-fé, que, evidentemente, já existia, mesmo não estando expressa no texto. O artigo 421 do Novo Código Civil dispõe: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. No artigo 422, também do novo Código, encontramos a explicitude da boa-fé: “os contratantes são obrigados a aguardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da propriedade da boa-fé”.

Quando estudarmos mais analiticamente o Código Civil, veremos que a

boa-fé ultrapassa até a exaustão da própria relação contratual, quer dizer, tem que preceder o contrato nas negociações preliminares, estar presente na execução do contrato e na pós-execução contratual, quando já estiver exaurida essa relação contratual.

Encerrando essas disposições relativas ao contrato, gostaria de mencionar a disciplina expressa do contrato com pessoa a declarar, disciplinada no artigo 467 do novo Código. O Desembargador e Professor Roldão, já mencionado, tem uma tese de doutorado em que não deixou dúvidas quanto a ponto algum no tema.

Finalmente, gostaria de mencionar aqui vários contratos: o de comissão, de transporte e vários outros que foram trazidos para o Código Civil. Queria mencionar também uma disposição muito importante relativa à responsabilidade civil: a responsabilidade do incapaz cujo responsável, por exemplo, o curador, não possa responder pelo dano provocado pelo incapaz. De acordo com o Direito Comparado (e a doutrina nasceu no Código Soviético), o incapaz será responsável, como dispõe o Código que entrará em vigor em janeiro, na medida e no limite em que se preservem os bens necessários à sua provisão e à sua subsistência em condições perfeitamente humanas.

Lamentavelmente, não poderei desenvolver o tema de maneira mais ampla como desejava porque não quero trazer obstáculos para o próximo expositor. Muito obrigado.

## DEBATES

### Desembargadora Áurea Pimentel

O artigo 421 do novo Código tem a seguinte redação:

*“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”*

Não lhe quer parecer que acometeu ao legislador ordinário aquela preocupação de dar a mesma dimensão que o legislador constituinte colocou na nossa lei maior, quando tratou da fun-

ção social da propriedade, de modo a deixar expresso que a liberdade de contratar também está subsumida a essa função social do próprio contrato, que há de sobrelevar sobre o interesse de credor ou devedor de contratante ou contratado?

Gostaria de ouvir a sua opinião, pois parece que há uma dimensão constitucional inserida nesse dispositivo.

### Professor Ricardo César Pereira Lira

Estou inteiramente de acordo com Vossa Excelência. Hoje, a questão da função social desses vários institutos, a começar pela função social da propriedade, como todos nós sabemos, concepção nascida dos princípios da solidariedade de Duguit e posteriormente explicitada na Constituição de Weimar, de 1919, isso nada mais é do que o fato de que a propriedade não traz prerrogativas apenas para o seu titular, mas também um dever social desse titular para com os seus semelhantes. Essa função social atinge, a meu ver, hoje, não apenas a propriedade. Há no contrato uma grande prevalência da função econômico-social do contrato, mas tem uma função social e há de ser exercida, executada e desempenhada, como Vossa Excelência disse, com essa preocupação com os demais componentes da tessitura social.

Ontem, em Campos, em um outro grupo que se reuniu, discutia-se muito sobre a questão da função social da empresa. Todos lembramos que a lei feita por esse eminente comercialista, o Professor Alfredo Lamy, explicita a obrigação de a sociedade anônima ter uma função social e exercer a sua atividade de acordo com ela. Ninguém pode imaginar que um empresário irá exercer a sua atividade (em princípio sendo uma empresa lucrativa) sem intuito lucrativo, mas **modus in rebus**, esse lucro não vai poder ultrapassar os limites da função social, que vão estar definidos por cada ato dessa empresa, mesmo com fins lucrativos, e com os contratos que essa empresa for levada a celebrar.

Não apenas o contrato, mas a propriedade, enfim todos esses institutos



estão hoje “empapados” dessa função social, que no fundo está exatamente correspondendo à humanização do Direito Civil. A meu ver, o Direito Civil, com esse Novo Código, e os civilistas vão recuperar a centralidade do ordenamento. Vamos resgatar a centralidade, sem prejuízo daquela espiritualização que está havendo na Constituição baseada na digni-

dade humana, na justiça social, que são fundamentais, pois o futuro Código é um instrumento dessa justiça social a qual considero que é exatamente, nos vários institutos, um instrumento da expressão da dignidade humana e da expressão da justiça social nos seus vários aspectos. De modo que estou inteiramente de acordo com Vossa Excelência. 